

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIO

Helino Silva de Oliveira*

RESUMO: A manifestação do Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 815-DF/1996 acerca da não aplicabilidade de declaração de inconstitucionalidade entre normas conflitantes insertas no próprio texto constitucional não veio pacificar o tema no âmbito nacional. Muito pelo contrário, os debates surgiram na Alemanha e continua sendo debatido em todas as partes do mundo por ser de carácter supranacional. Para análise e aplicabilidade do tema no país, faz-se necessário um estudo sobre o controle de constitucionalidade, das antinomias e das possíveis alternativas para solução do impasse.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade. Controle. Antinomia.

I. INTRODUÇÃO

Apesar de ser um tema bastante debatido, com suas raízes no Direito alemão, originado na década de 50, após célebre conferência proferida pelo Professor Otto Bachof, a inconstitucionalidade de normas constitucionais encontra-se ainda longe de uma solução pacífica no âmbito nacional, mesmo tendo o STF se pronunciado acerca do tema na tão conhecida ADIn nº 815-DF/1996.

O acalorado debate, que ultrapassa as fronteiras nacionais e que mobilizam os grandes constitucionalistas do mundo, deu-nos a dimensão da sua importância e coragem para adentrarmos em sublime conteúdo, mesmo com os poucos conhecimentos que possuímos, inspirando-nos a conhecer cada vez mais as nuances e problemas enfrentados pelos doutrinadores de cabedal.

Analisaremos no presente e humilde arrazoado, com brevidade, apenas

* Advogado; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS); Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (Fanese) em convênio com a Escola Superior de Magistratura do Estado de Sergipe (Esmese). Trabalho escrito sob a orientação do Mestre em Direito Constitucional e Procurador de Justiça do Estado de Sergipe Carlos Augusto Alcântara Machado.

visando situar a problemática, a questão do controle de constitucionalidade, com seus pressupostos e resultantes. Adiante, discorreremos sobre as antinomias no âmbito constitucional e suas correntes doutrinárias; a tese de Otto Bachof; o entendimento do STF e, por fim, a alternativa de competência da Corte Constitucional segundo tese defendida por André Luiz Carvalho Estrella.

II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição, regramento superior de um Estado, surge sempre após a mudança da ordem política interna, criada por um Poder Constituinte Originário. Segundo Uadi Lammêgo Bulos, *esse poder primogênito logra os caracteres de inicial, autônomo e incondicionado, preexistindo a qualquer ordenamento jurídico-positivo*.¹ Alguns autores acrescentam a estas características o de ser o Poder Constituinte Originário *ilimitado*, advertindo-se, entretanto, que essa “ilimitação” ocorre somente no plano jurídico-formal, não podendo desprezar normas de direito natural, como a vida, a liberdade, a honra, etc., ficando a expressão *incondicionado*, referente a qualquer tipo de limitação imposta pela Constituição anterior.

Existem basicamente dois tipos de Constituição quanto à estabilidade, sem olvidar outras formas de classificação das Constituições: rígidas e flexíveis. Entretanto, alguns doutrinadores acrescentam o tipo de Constituição conhecida por semi-rígida.

Para o nosso arrazoado, apenas interessam as Constituições do tipo rígidas e escritas, ou seja, aquelas em que para serem alteradas exigem *quorum* especial, por determinação do Constituinte Originário, diferenciando do exigido para as demais normas tidas por subconstitucionais.

Como consequência da rigidez constitucional, vigora o princípio da *supremacia formal da Constituição*. Vale dizer, existe uma hierarquia das normas, figurando a Constituição no ápice, estando o restante do ordenamento jurídico abaixo e só possuindo validade se forem compatíveis com a Lei Maior.

Denota-se, pois, que a norma infraconstitucional, para existir, deve obedecer aos princípios e regras estabelecidos na Constituição, bem como ao processo legislativo nesta inserta, quanto à elaboração daquela, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade, seja do ponto de vista formal (respeito ao processo legislativo), seja do ponto de vista material

(compatibilidade com o conteúdo das normas constitucionais).

Entretanto, para que se torne pleno o controle de constitucionalidade das leis, mister se faz a necessária separação dos poderes, preconizada por Montesquieu, na clássica obra *O Espírito das Leis*, visto que, para a correta verificação da conformidade do ordenamento infraconstitucional com os princípios e regras constitucionais, há de haver um órgão estatal independente do órgão legiferante.

É a própria Constituição que estabelece qual é o órgão competente para analisar e decidir se ocorreu ofensa à Constituição e qual o processo utilizado para anular uma conduta ou ato inconstitucional.

Dessume-se, do que fora exposto, que dois são os pressupostos de controle de constitucionalidade: (1) a existência de uma Constituição do tipo rígida; (2) a previsão constitucional de um mecanismo de fiscalização da validade das leis.

De acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, o controle de constitucionalidade das leis é base e corolário: (a) de um Estado Democrático de Direito; (b) do princípio da separação de poderes; (c) da garantia maior do indivíduo frente ao Estado, na proteção de seus direitos fundamentais; (d) da garantia da rigidez e supremacia da Constituição.²

Segundo os autores supramencionados, em um Estado Democrático de Direito, por ser a elaboração normativa uma emanção da vontade popular, bem como em prol do postulado da segurança jurídica, vige o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, ou de legitimidade das mesmas. Ou seja, todo o ordenamento infraconstitucional é legítimo, é constitucional até que sejam considerados inconstitucionais pelo órgão competente e, ainda assim, com a devida motivação (CF, art. 93, IX). Ademais, esta é medida extrema e excepcional, que só deve ocorrer quando não se puder dar uma *interpretação* que compatibilize a norma infra com a *Lex Fundamentalis*.

Vislumbra-se, destarte, a possibilidade de não legitimação ou inconstitucionalidade das leis infraconstitucionais e atos normativos, bem como das emendas constitucionais (que visam reformar ou revisar a Constituição), que são de autoria do *Poder Constituinte Derivado*, por determinação inserta no próprio bojo da Constituição.

Porém, a problemática surgida e que é o tema recorrente, é sobre a inconstitucionalidade de normas constitucionais oriundas do *Poder Constituinte Originário*, que a mais de 50 anos vem dividindo a opinião de doutrinadores.

III. ANTINOMIAS NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

Quem nos dá o exato significado do termo antinomia é a Professora Maria Helena Diniz ao explicar que “*A antinomia, seja ela real ou aparente, representa o conflito entre duas normas, entre dois princípios, entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular.*”³

Sabe-se que para uma plena e ordeira convivência do ser humano na sociedade moderna, torna-se necessário que o ordenamento jurídico não possua normas que se contrariem frontalmente, sob pena de instabilidade das instituições e do próprio conceito de justiça.

Acontece que não é rara a possibilidade de conflito normativo, muitas das vezes ocasionadas pela má técnica do legislador, ou ainda por interesses socioeconômicos que se sobrepõem à coerência e à justiça na elaboração das leis. Surge, então, a figura do jurista que irá interpretar da melhor maneira a coadunação das normas conflitantes.

Em sendo uma antinomia aparente, é possível solucionar-se o conflito pela aplicação de um dos critérios normativos, a saber: o da hierarquia (*lex superior derogat legi inferiori*); o cronológico (*lex posterior derogat legi priori*); e o da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

Caso ocorra uma antinomia real, ou seja, aquela em que não há critérios para a sua solução ou porque entre os critérios existentes há conflito, soluciona-se pelo critério de preenchimento de lacunas, conhecidos por analogia, costumes, princípios gerais do direito e equidade.

Como dito antes, não é rara a possibilidade de conflito entre normas. Mas, e quanto às normas contidas na própria Constituição, acaso existam conflitos entre si, como resolvê-lo?

Surge aqui o primeiro problema quanto ao tema em discussão: sendo antinomia das normas constitucionais originárias haveria ou não hierarquia entre elas? Para responder tal questão existem duas correntes doutrinárias: uma que defende o Princípio da Unidade Hierárquico-Normativa da Constituição e outra que advoga a tese da hierarquia existente entre as várias normas dentro do texto Magno.

A primeira corrente entende que uma regra constitucional não pode ser considerada em si mesma, de forma isolada das demais. Deve, por conseguinte, a norma constitucional, ser interpretada conjuntamente com os demais preceitos constantes da *Lex Mater*, o que impossibilita, de acordo com os que defendem o supramencionado princípio, a verificação de antinomias internas no âmbito constitucional. Seus principais defensores

são Luís Roberto Barroso, André Ramos Tavares, J. J. Gomes Canotilho, Uadi Lammêgo Bulos e Manoel Messias Peixinho.

Já os que seguem a segunda corrente, afirmam existir, como dito, hierarquia das normas constitucionais, configurando a possibilidade de ocorrer antinomia e, por conseguinte, a possibilidade de existência de norma constitucional inconstitucional. São seus ferrenhos guardiões Otto Bachof, Fernando Garrido Falla, Eduardo Garcia de Enterria, Néelson Sampaio, José Souto Maior Borges e este que humildemente escreve este escólio.

É perfeitamente possível e facilmente visualizável a ocorrência de hierarquia entre as várias normas constantes da Carta Magna. Aqui e ali, sempre percebemos a inserção de normas que, pelo seu conteúdo, não deveriam estar na Constituição, e sim, em normas infraconstitucionais. Exemplificando, temos o contido em o art. 242, §2º de que o *Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal*. Para se chegar a esta conclusão, parte-se, ainda, do conceito de Constituição formal e material, já consagrado e aceito pela doutrina. Constituição material é aquela composta por matérias estritamente relacionadas com a organização do poder, a distribuição da competência, o exercício da autoridade, a forma de governo e os direitos da pessoa humana, coletivamente ou de forma individualizada. A Constituição, no sentido formal, abrange normas constitucionais que, pela sua forma, embora disciplinem certas condutas de modo imediato, submetem-se a um processo específico de produção ou alteração disciplinado por outra norma constitucional.

Como afirmado, pode ocorrer que determinada norma não contenha conteúdo relacionado com matérias estritamente constitucionais, conforme dito acima, mas que por estar inserida na Constituição, adquire o *status* de norma constitucional, pela sua forma.

O Jurista Paulo Bonavides, defensor da tese contrária à de Otto Bachof, mas sublime em seu magistério, observou que:

“As Constituições não raro inserem matéria de aparência constitucional. Assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, enxertada no seu corpo normativo, e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política. Entra essa matéria pois a gozar da garantia e do valor superior que lhe confere o texto constitucional.”⁴

Ratificando mais ainda o entendimento de que a Constituição abriga hierarquia no interior do seu ordenamento, visualiza-se a questão das chamadas cláusulas pétreas, que são melhor explanadas por Zeno Veloso, *in verbis*:

“O poder constituinte originário pré-exclui alguns temas ou matérias do poder reformador. A Constituição, portanto, tem um núcleo imodificável, intangível, simbolizado nas chamadas cláusulas pétreas (...) Estes assuntos são considerados da maior importância, de gravidade máxima, protegidos por uma superlegalidade, não podendo estar submetidos aos riscos e perigos de serem abolidos, alterados ou minimizados por revisões ou emendas constitucionais. Daí, serem resguardados com uma cláusula de eternidade (Ewigkeitsgarantien).”⁵

De idêntico modo é o entendimento da Professora Laís Vieira Cardoso ao discorrer que:

“Na nossa Carta Magna estão, portanto, os princípios e garantias fundamentais dos cidadãos, cláusulas pétreas das quais emanam as demais regras, de modo a formar-se um sistema organizado no qual as regras superiores norteiam as dela derivadas dando-lhes o fundamento de existência, tudo na forma de uma pirâmide hierárquica onde as normas inferiores devem ser compatíveis com as superiores em uma harmonia axiológica. O poder das emendas limita-se primordialmente ao respeito às garantias conquistadas pelos cidadãos, resultado de árduas lutas. Não se trata de obrigar uma geração a acatar os anseios das gerações anteriores ou de perpetuar o desenvolvimento da humanidade, e, sim, deve ser visto como uma manifestação da cidadania garantindo respeito aos direitos individuais e coletivos, resultado do reconhecimento das reais necessidades da sociedade e da vontade popular, externada por seus representantes e garantidora dos princípios da segurança jurídica e da certeza do direito.”⁶

Com supedâneo no que foi suso apresentado, consideramos a existência de hierarquia no seio das normas constitucionais.

IV. A TESE DE OTTO BACHOF

O Professor Otto Bachof polemizou o mundo jurídico ao defender a possibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais, durante uma aula inaugural, proferida na Universidade de Heidelberg, no início dos anos 50, aula esta que foi transformada em livro, sob o título: *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*).

Vários foram os juristas que contestaram sua tese à época e que, em decorrência do não consenso doutrinário sobre tal questão, até os dias de hoje se mostra bastante atual.

O jurista Otto Bachof discriminou, em sua obra, três contradições ou antinomias entre normas constitucionais: (1) contradição com normas constitucionais de grau inferior, (2) infração de direito supralegal positivado na lei constitucional e (3) infração de direito supralegal não positivado.

A primeira contradição apontada é relativa à hierarquia das normas constitucionais, já explicada no item anterior. O professor Otto explica que uma norma constitucional de significado secundário, acaso fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição, seria inconstitucional e inválida.

As segundas e terceiras contradições se referem à infração de direito supralegal. No seu entendimento, Otto Bachof diz haver limitações ao Poder Constituinte Originário. Lembremos, no início do nosso arrazoado, que tal poder é ilimitado. Todavia, como dito, é ilimitado quanto à ordem jurídica anterior, mas encontra limites justamente no chamado direito supralegal, jusnaturalista. E assim é o entendimento do professor Otto Bachof: de que o direito supralegal é vinculador do constituinte originário, colocando limites a um Poder originariamente ilimitado, com sua obra, a Constituição.

Otto entende que, como o direito supralegal é inerente ao Estado de Direito, atribui também às normas formalmente constitucionais a incrustação desse direito, tendo já destacado ser matéria de Constituição o direito supralegal. Assim, classifica de inconstitucional a norma legal que infringir norma constitucional positivadora de direito supralegal (tanto faz ser formal ou material a norma constitucional) e qualifica de

ilegítima, no atributo de sua obrigatoriedade, a norma constitucional que violar direito supralegal positivado na Constituição. Destaca-se ainda que coloca no mesmo patamar de igualdade o direito supralegal com conteúdo fundamental da Constituição. Na sua dicção, compreende que: “[...] a incorporação material (*Ipsen*) dos valores supremos na Constituição faz, porém, com que toda a infração de direito supralegal, deste tipo, apareça necessária e simultaneamente como violação do conteúdo fundamental da Constituição”.⁷

Afirma ser necessária a positivação do direito supralegal, tendo em vista o objetivo de se atender e alcançar a justiça através do regramento moral e igualitário, tendo dito que “Esta obrigatoriedade só existirá, em primeiro lugar, se e na medida em que o legislador tome em conta os <<princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica>> e, nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e evite regulamentações arbitrárias”.⁸

Há, pois, uma necessidade imperiosa de conformação da Constituição com a inserção, em seu bojo, de regras do direito supralegal, sendo, de tal modo, limite à atividade do Poder Constituinte Originário.

Artur Cortez Bonifácio, em seu artigo jurídico “Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário”, editado pela *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, foi quem melhor discorreu sobre esta limitação:

“A nosso ver, há limitações à atividade do constituinte originário. Nesse ponto, há de se admitir que o Poder Constituinte Originário sofre os influxos dos grupos de pressão, sindicatos, associações, organizações não-governamentais, da opinião pública, em derradeira análise. De certa forma, os valores éticos e ideais, a exemplo da justiça e da igualdade, os princípios gerais do direito, enfim, também são limitadores de sua atuação. Isso sem falar na defesa mundial dos direitos humanos e na pujança os tratados internacionais, num mundo globalizado. (...) Sinteticamente, o Poder Constituinte Originário, em ser anterior à positividade constitucional é uma faculdade incondicionada, mas que, por estar vinculado a uma finalidade jurídica, tem limites. Isso sem falar no limite do espaço geográfico, circunspecto à manifestação do poder soberano. Em conclusão, ainda que seja dificultoso objetivar limitações ao Poder Constituinte Originário sob o aspecto formal,

materialmente temos que aceitar a derrocada da tese positivista, em especial em sociedades democráticas e na vigência do constitucionalismo. Afinal, a sociedade democrática hodierna é, por essência, consensual. E há inevitável consenso na limitação material do Poder Constituinte Originário quando o enfoque é, por exemplo, a defesa e proteção dos direitos humanos.”⁹

O professor MICHEL TEMER, de forma sucinta, mas não menos sublime, expôs sobre a matéria:

“A doutrina caracteriza o poder constituinte originário como inicial, autônomo e incondicionado. Não há dúvida, também, de que o constituinte está limitado pelas forças materiais que o levaram a manifestação inauguradora do Estado. Fatores ideológicos, econômicos, o pensamento dominante da comunidade, enfim, é que acabam por determinar a atuação do constituinte.”¹⁰

Em ratificação a tudo que foi dito, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR afirma:

“A noção de poder originário só é válida num sentido formal. Nenhum poder é, de fato, completamente inicial, autônomo e incondicionado. E a sua legitimidade, embora sempre invocada, até mesmo quando ditatorial o poder, não dispensa uma discussão de seus fundamentos. Não é completamente inicial porque o poder é sempre um conjunto de relações entre diversas forças sociais e só formalmente se pode determinar uma delas como o poder de onde derivam os demais poderes. Não é completamente autônomo porque, não só pela aceitação de limitações de ordem social, histórica, cultural, econômica, ideológica etc., ele já vem restringido. Não é completamente incondicionado porque não só frequentemente já recebe prefixadas certas diretrizes básicas, como sobretudo porque tem de atuar e deliberar conforme certas regras que antecedem sua manifestação.”¹¹

Seguindo idêntica linha de raciocínio, o professor VENILTO PAULO NUNES JUNIOR afirma:

“Vê-se, pois, que embora não existam limites jurídicos ao poder constituinte originário, existem limites sociológicos ou materiais, pressões sociais de todas as espécies, interesses que devem ser conformados por aqueles que, de fato, venham a dar corpo à nova Constituição.”¹²

JORGE MIRANDA, conhecido e aclamado doutrinador português, defende a tese das limitações ao Poder Constituinte Originário:

“Daqui não decorre, porém, que o poder constituinte equivalha a poder soberano absoluto e que signifique capacidade de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios, valores e condições. Não é um poder soberano absoluto – tal como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição – e isso tanto à luz de uma visão jusnaturalista ou na perspectiva da localização histórica concreta em que se tem de pronunciar o órgão nele investido – aqui trata ele da legitimidade, conforme José Eduardo Faria: O poder constituinte está sujeito a limites.”¹³

O Jurista Otto Bachof demonstrou maior sapiência quando foi mais além, preocupando-se com o terceiro tipo de contradição: infração de direito supralegal não positivado na Constituição.

Conforme prelecionou Celso Antônio Bandeira de Mello e demais seguidores, era segura a existência de princípios supraleais em nosso Ordenamento, mesmo sabendo da não positivação. É o caso do Princípio da Razoabilidade e, antes da Emenda à Constituição nº 19/98, do Princípio da Eficiência, hoje positivado no artigo 37 *caput* da Magna Carta.

De forma congruente, o professor Otto Bachof responde a seus questionamentos de forma a admitir a incorporação desse direito supralegal não positivado na Constituição.

Em sua linha de raciocínio, informa dois argumentos que irão afastar quaisquer dúvidas para o reconhecimento da obrigatoriedade do direito

supralegal não positivado. Primeiramente, sustenta que uma Ordem Jurídica deverá ter o direito supralegal a ela inerente para que possa ser chamada de legítima. Segundo, quando a Constituição reconhece efetivamente a existência do direito supralegal ao realizar a positivação em seu texto, não poderá alegar um reconhecimento parcial, ou seja, deverá reconhecer todo o direito supralegal, inclusive o não positivado. Conclui, pois, que não se reconhece um direito somente pela metade. Reconhece-se por completo a sua existência.

Conclui-se, então, que norma constitucional contrária a direito supralegal não positivado é ilegítima quanto à sua obrigatoriedade.

V. O ENTENDIMENTO DO STF

A Corte Constitucional brasileira, conhecida por Supremo Tribunal Federal – STF, manifestou-se sobre o tema através da ADIn nº 815-3, proposta pelo Governador do Rio Grande do Sul, questionando a constitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Carta Política de 1988. O argumento central da Ação Direta de Inconstitucionalidade se refere ao tratamento desigual e desproporcional feito ao voto dos cidadãos brasileiros. Enaltece que a norma constitucional em pauta fere princípios constitucionais superiores, que estão albergados pelas cláusulas pétreas, e por consubstanciarem concreções positivas do direito supralegal, estariam num patamar superior de hierarquia. Alega a violação dos princípios da Igualdade (artigo 5º, da CRFB/88), da Igualdade do Voto (artigo 14, da CRFB/88), do exercício, pelo povo, do poder (artigo 1º, parágrafo único, da CRFB/88), da cidadania (artigo 1º, inciso II, da CRFB/88), da Democracia (artigo 1º, da CRFB/88) e do Regime Federativo (artigo 60, parágrafo quarto, inciso I c/c artigo 1º da CRFB/88). E sob fundamento lógico-jurídico, explica de forma técnica que há uma real desproporção e discriminação na divisão existente entre a população do país, participação no PIB e composição do Congresso Nacional. Complementa, ainda, exemplificando, que essas distorções invadem todas as atividades legislativas, ocorrendo esse fenômeno na Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional e na Comissão Mista criada para avaliar exatamente os desequilíbrios regionais. Dessa forma, sublinha que há uma disparidade, um descompasso real nessa divisão, que se torna discriminatória e injusta, tendo em vista que *atribui pesos diferentes a cidadãos absolutamente iguais*. Há uma colisão entre os valores de justiça e de equidade.

Tal entendimento da ADIn, nos termos em que foi proposta, é corroborada pelo jurista José Afonso da Silva na sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo* (São Paulo: Malheiros, 14º ed, 1997. p.338).

Todavia, o STF não conheceu da ADIn alegando que a análise de normas constitucionais originárias não consubstancia, na verdade, questão de constitucionalidade, mas de legitimidade do constituinte originário, escapando da competência do STF a aferição desta legitimidade.

Ademais, o STF despreza a diferenciação doutrinária de normas formal e materialmente constitucionais, informando que em decorrência da rigidez constitucional, descabe a colocação das cláusulas pétreas em patamar superior. Ou seja, entende inexistir hierarquia entre as normas existentes na Constituição.

Seguindo o Tribunal Constitucional Português, o STF rechaçou a hipótese de inconstitucionalidade de norma constitucional, mas não foi a fundo, adentrando no cerne da matéria discutida, já que é o guardião da Ordem de Valores.

Alguns doutrinadores sustentam, a exemplo de Paulo Bonavides, de que seria muito perigoso se o STF também pudesse declarar a inconstitucionalidade de norma constitucional, como se ele se tornasse um super-poder, quicá acima dos moldes do Poder Moderador de nossa Constituição de 1924.

Todavia, de tal pensamento não perfilamos. Entendemos que o STF tem que interpretar tendo como limite material os próprios fundamentos que fizeram surgir a Constituição, consubstanciados nas cláusulas pétreas e que devem ser motivados, por expressa determinação constitucional (CF, art. 93, IX), estando, portanto fiscalizados pela opinião pública.

VI - ALTERNATIVA DE COMPETÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL SEGUNDO TESE DEFENDIDA POR ANDRÉ LUIZ CARVALHO ESTRELLA

O procurador do Estado do Rio de Janeiro, membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, André Luiz Carvalho Estrella, defende a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais e, em brilhante abordagem, propõe o controle de legitimidade de normas constitucionais através de um sistema misto.

Assim o procurador se pronunciou:

“Não há previsão constitucional para o controle de legitimidade como defendemos. No entanto, boa parte do pensamento tem sustentação na Carta de

1988, como a ideia da participação popular nas decisões políticas fundamentais para a nação. Em nosso caso, o ideal consubstancia-se em conferir efetividade e aplicabilidade à Constituição. Vale dizer, o princípio constitucional de democracia participativa (artigo 1º, § único) e o direito político de participação popular (artigo 14) devem ser exercidos concretamente pelo titular do poder constituinte, i.e., pelo povo. Estaremos, sim, confirmando a prática da soberania popular e não deixando-a abandonada numa “folha de papel”, como Ferdinand Lassale prescreveu em sua obra clássica *A Essência da Constituição*. A Constituição pode ou não representar o efetivo poder social mas, na hipótese de não espelhar os fatores reais de poder, seria apenas a folha de papel. No Estado Democrático de Direito, devemos concretizar os mecanismos de participação popular nas decisões políticas fundamentais, sob pena de ficarmos com uma democracia participativa apenas em uma folha de papel.”¹⁴

Sobre esta ideia de participação popular, que atingiria o controle das normas constitucionais, declarando-se uma possível inconstitucionalidade, continuou o Dr. André Estrella divagando sobre as formas permitidas na Constituição de participação do povo: plebiscito e referendo. Citou, inclusive que em vários países, o referendo é obrigatório para o caso de reforma constitucional, como Cuba, Panamá, Peru, Paraguai, Venezuela, Áustria, Dinamarca, França, Suécia, Coreia, Filipinas e Japão.

Finalizando, com suas próprias palavras, Estrella assim definiu a forma de controle misto da legitimidade das normas constitucionais:

“Assim, o sistema misto de controle de legitimidade seria realizado em duas fases. Na primeira fase, o exercício da democracia participativa terá seu início com a propositura de uma Ação Declaratória de Legitimidade da norma constitucional perante um Tribunal Constitucional. Esse Tribunal não tem apenas a função de guardar a Constituição, mas também de proteção da Ordem de Valores supralegais. A legitimidade ativa para a propositura

da Ação fica a cargo dos Chefes dos Poderes Executivo e Legislativo Federal e Estadual, do Procurador Geral da República, das entidades de classe com representatividade nacional e da iniciativa popular com participação de pelo menos cinco Estados da Federação.

Na segunda fase, sendo declarada ilegítima a norma constitucional, o Tribunal Constitucional remeterá o processo ao Congresso Nacional, que realizará uma consulta popular por meio de um referendo. Assim o povo, na qualidade de titular do poder constituinte, será consultado sobre a permanência ou alteração da norma constitucional em vigor. Neste caso, estaríamos dando efetividade à Constituição no exato termo de que o poder emana do povo e em nome dele deve ser exercido. Este desenho afigura-se de acordo com o modo de democracia participativa escolhida pelo povo na própria Constituição, artigo 1º, § único c/c artigo 14, incisos I, II, e III ambos da CF88. Logo, o titular do poder constituinte originário constatará que algum valor essencial por ele escolhido não está sendo atendido na sua plenitude, porque a norma declarada ilegítima não o realiza. Essa solução visa a colmatar a quebra da unidade no Ordenamento Jurídico.

Nesse passo, além de politizar mais a sociedade, pelos debates políticos que surgiriam, provocaríamos um deslocamento da força popular, que somente comparece às urnas de quatro em quatro anos, por apenas alguns minutos. Advogamos a tese de que o exercício da soberania popular e a discussão de questões que afetem diretamente o cotidiano formarão pessoas mais responsáveis e conscientes.

Assegura-se, então, o ciclo de legitimidade, pois o poder de criar uma Constituição estaria retornando a seu titular originário. O próprio poder que concede é o que pode retirar.”¹⁵

VII. CONCLUSÃO

Com fulcro em todo o contexto explanativo acima, passa-nos a ideia de

que em uma Constituição escrita e rígida como a nossa, todo o seu conteúdo material é decorrente da elaboração de um Poder Constituinte Originário, mas que possui limitações impostas pelo direito supralegal e pela ordem político-social vigente à época.

Por mais que se possa dar uma interpretação conformativa a todo o regramento existente na Constituição, mesmo assim, pode haver antinomias entre as normas constituídas em seu bojo, ou entre estas e o direito supralegal.

Tais antinomias precisam ser resolvidas e, para tanto, faz-se necessário que um órgão competente o faça. A omissão por parte do STF na matéria em questão é algo que nos traz preocupação e precisa ser resolvido o mais rápido possível. Excelente alternativa nos é dada pelo Dr. André Estrella, servindo como ideia que precisa ser urgentemente posta em prática.

Com isso estaremos fazendo verdadeira justiça social, pois o povo é quem cria a Constituição através de seus representantes legais e passaria, também, a regular a matéria inconstitucional de norma constitucional, sem que, com isso, esteja dando poder supremo ao STF.

UNCONSTITUTIONALITY OF STANDARDS OF THE CONSTITUTIONAL ORIGINATING PLANNING

ABSTRACT: The manifestation of the Supreme Court in ADIn nº 815-DF/1996 about the inapplicability of unconstitutionality between conflicting rules inserted in the Constitution itself did not come to pacify the issue nationally. Rather, the debates have arisen in Germany and continues to be debated in all parts of the world because of a supranational character. For analysis and applicability of the subject in the country, it is necessary a study on the control of constitutionality, of the contradictions and possible alternatives to solve the impasse.

KEYWORDS: Unconstitutional. Control. Antinomy.

Notas

¹ ALEXANDRINO, Vicente Paulo e Marcelo. *Controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. 6ª ed., p. 02.

² Ob. Cit., p. 03.

³ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 127.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 64.

- ⁵ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p. 146-147.
- ⁶ CARDOSO, Lais Vieira. *Emendas constitucionais inconstitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=116>>. Acesso em: 08 dez. 2008.
- ⁷ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra, Almedina, 1994. p. 63.
- ⁸ Ob. Cit., p. 42 e 43.
- ⁹ BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Limitações materiais ao Poder Constituinte Originário*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 42. 2003. p.114-142.
- ¹⁰ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 33.
- ¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte – Assembleia, processo, poder*. 2. ed. São Paulo: RT, 1986. p. 23.
- ¹² NUNES JÚNIOR, Venílto Paulo. *O conceito de soberania no século XXI*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 42. 2003. p.145-166.
- ¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, Introdução à teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1988. p. 86.
- ¹⁴ ESTRELLA, André Luiz Carvalho. *Normas constitucionais inconstitucionais (Verfassungswidrige Verfassungsnormen)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 268, 1 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5021>>. Acesso em: 08 dez. 2008.
- ¹⁵ Ob. Cit.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRINO, Vicente Paulo e Marcelo. *Controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. 6ª ed.
- AZEVÊDO, Pedro Pontes de. *Normas constitucionais inconstitucionais oriundas do poder constituinte originário*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 200, 22 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4724>>. Acesso em: 08 dez. 2007.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra, Almedina, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Limitações materiais ao poder constituinte originário*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 42. 2003.
- CAMPOS, Ricardo Ribeiro. *Leis inconstitucionais ainda constitucionais?* R. CEJ, Brasília, n. 25, p. 85-96, abr./jun. 2004.
- CARDOSO, Lais Vieira. *Emendas constitucionais inconstitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=116>>. Acesso em: 08 dez. 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

- ESTRELLA, André Luiz Carvalho. *Normas constitucionais inconstitucionais (Verfassungswidrige Verfassungsnormen)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 268, 1 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5021>>. Acesso em: 08 dez. 2008.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte – Assembleia, processo, poder*. 2 ed. São Paulo: RT, 1986.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, Introdução à teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1988.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Legitimidade da justiça constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 8, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2007.
- NUNES JÚNIOR, Venilto Paulo. *O conceito de soberania no século XXI*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 42. 2003.
- PIVA, Otávio. *Direito constitucional*. Curitiba: IESDE, 2005.
- POGLIESE, Marcelo Weick. *Possibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=115>>. Acesso em: 08 dez. 2007.
- SILVA, Ticiano Alves e. *18 anos depois: quem tem medo de emenda?* Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1193, 7 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9029>>. Acesso em: 13 dez. 2007.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- VADE MECUM. São Paulo: Saraiva, 2007.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

